

La responsabilidad medioambiental y las garantías financieras: el régimen portugués y el ejemplo español como para otros mercados



Las consecuencias de los grandes siniestros ambientales, recientes y pasados, han despertado la necesidad de saber quién debe asumir los costes de limpieza de las zonas afectadas y la reparación de los daños. Esto es de especial relevancia en el caso de daños en recursos naturales «públicos». Los regímenes de responsabilidad, junto al principio de «quien contamina, paga», se presentan, así, como instrumentos con gran potencial. En la primera parte de este artículo se analiza la evolución de la legislación en materia de responsabilidad medioambiental en Estados Unidos y en la Unión Europea, con especial atención a España y Portugal.

PAULA RIOS
MDS

ANA SALGUEIRO
Doctora en Ingeniería Ambiental – Consultora independiente



ILLUSTRATION STOCK

referencia

En los últimos años se han producido numerosos accidentes como resultado de actividades humanas, en los que nos hemos enfrentado a graves daños medioambientales. Así, cabe citar el derrame de petróleo del *Exxon Valdez* en Alaska, a finales de los ochenta; el vertido de lodos tóxicos en el sur de España provocado por la ruptura de la presa de una mina cercana a la reserva natural de Doñana, que en 1998 causó importantes daños en los recursos naturales adyacentes; o el naufragio del *Erika*, un año más tarde, que contaminó la costa francesa.

DESASTRES DEL NUEVO SIGLO

Recientemente también hemos asistido a grandes siniestros ambientales, como el derrame de crudo de British Petroleum (BP) en el golfo de México en 2010 –conocido como *Deepwater Horizon oil spill*–, que ha sido catalogado como la mayor fuga de petróleo en la historia de la

industria. El vertido duró más de tres meses y provocó enormes daños en los hábitats marinos y terrestres, en la industria pesquera y en el turismo del golfo. BP ha constituido un fondo para compensar a las víctimas del desastre por valor de 20.000 millones de dólares.

También en el año 2010 se produjo un importante siniestro en Hungría, concretamente en la empresa de producción de aluminio MAL (Magyar Aluminium Termelos), al romperse la pared de un depósito que albergaba millones de metros cúbicos de lodos tóxicos, originando una ola de lama roja (*red sludge*) que provocó varias muertes y contaminó suelos y ríos en un área de unos 40 km², alcanzando las aguas del Danubio. El Gobierno húngaro estimó entonces que las actividades de limpieza y descontaminación de toda la zona se extenderían durante al menos un año y que el coste del accidente sería de unas docenas de millones de euros.

Además, en 2011 tuvo lugar el accidente de la central japonesa de Fukushima, el mayor siniestro nuclear desde el desastre de Chernóbil (Ucrania) en 1986. Este trágico suceso se produjo después de que un terremoto y el posterior tsunami desencadenaran una serie de averías en los equipos, fusiones nucleares y fugas de material radiactivo en la central nipona. Grandes cantidades de partículas radiactivas se liberaron a la atmósfera y alcanzaron suelos y aguas marinas. Las previsiones apuntan a que se producirán un número significativo de muertes por cáncer debido a la exposición a dosis muy elevadas de radiación, especialmente entre la población de las zonas cercanas a la central nuclear. La descontaminación de todos estos lugares llevará décadas, al igual que el desmantelamiento de las instalaciones.

Estos y otros accidentes han tenido consecuencias cuyo importe es muy superior al de las medidas de prevención necesarias, y han planteado la cuestión de saber quién debe asumir los costes de limpieza/descontaminación de las zonas afectadas y la reparación de los daños: ¿debe pagar la cuenta la sociedad en su conjunto, es decir, el ciudadano, o debe ser el contaminador quien la pague cuando pueda ser identificado?

Este hecho cobra una especial relevancia en los daños producidos en aquellos recursos naturales sin derechos de propiedad definidos –los llamados «bienes públicos»–, que rara vez son incluidos en los informes financieros de las compañías. De esta forma, los regímenes de responsabilidad, junto al principio de «quien contamina, paga», se presentan como instrumentos con potencial suficiente para ayudar a corregir esta situación, pues imponen a las actividades con riesgo –considerable– de provocar este tipo de daños la obligación de asumir los costes de todas las medidas de



limpieza de los suelos afectados y reparar los recursos naturales perjudicados.

EVOLUCIÓN EN ESTADOS UNIDOS

En Estados Unidos este tema se empezó a tratar en el año 1980 con la Ley CERCLA (*Comprehensive Environmental Response, Compensation, and Liability Act*), más conocida como *Superfund*, que marcó un hito en la aplicación del principio de «quien contamina, paga», estableciendo la responsabilidad de los culpables a la hora de hacer frente a los costes de limpieza de suelos contaminados por desechos peligrosos. Tras el accidente del petrolero *Exxon Valdez*, en 1989 se creó la *Oil Pollution Act* (OPA) como un órgano independiente de CERCLA, con el objetivo de actuar, en particular, en el caso de daños causados por derrames de hidrocarburos.



EL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD MEDIOAMBIENTAL ESTADOUNIDENSE ES MÁS AMBICIOSO QUE EL EUROPEO, AUNQUE LA EXPERIENCIA HA DEMOSTRADO QUE SON NECESARIOS MECANISMOS EFICACES QUE LO COMPLEMENTEN PARA CUMPLIR CON LOS COSTES EN CASO DE INSOLVENCIA

El régimen de responsabilidad medioambiental (RMA) establecido en Estados Unidos –el *Superfund*– es más ambicioso que el desarrollado en Europa: establece la responsabilidad retroactiva, la definición de responsable y de la tipología de los daños cubiertos son más amplias, no existe un límite monetario para la responsabilidad...

Sin embargo, la experiencia ha demostrado la necesidad de desarrollar mecanismos eficaces que complementen el sistema de responsabilidad medioambiental para cumplir con los costes en caso de insolvencia de las empresas responsables que han originado en muchos casos los denominados «daños huérfanos». Así, en Europa se estableció desde el principio la necesidad de que los operadores contaran con una herramienta financiera que les permitiera garantizar sus responsabilidades y los recursos necesarios para la reparación de los daños medioambientales en caso de siniestro.

DESARROLLO EN EUROPA

El desarrollo del régimen legal en la Unión Europea (UE) se apoyó, por supuesto, en la experiencia estadounidense. En 1989, en el seno de la Comisión Eu-



ropea, se publicó el documento *Propuesta para un régimen de responsabilidad civil por daños causados por residuos*. Este informe, revisado en el año 1991, planteaba una responsabilidad objetiva para los contaminadores e incluía la noción de daño ecológico como «un deterioro físico, químico o biológico significativo del ambiente». Pero el sector de residuos se opuso fuertemente y la parte relativa a la responsabilidad no fue admitida. Finalmente, en el año 1999 se aprobó la Directiva sobre el vertido de residuos, que incluía el principio de «quien contamina, paga», aunque sin un régimen de responsabilidad definido.

En mayo de 1993, la Comisión Europea presentó el informe *Green Paper on Remedying Environmental Damage*, donde ya se contemplaba este principio bajo un régimen de responsabilidad civil, aunque aún existían algunas deficiencias, a saber: la definición de «daño ambiental»; la demostración de una ligación causa-efecto; el cálculo del valor de la compensación, y la cuestión de su aseguramiento. También se planteaba el interrogante de saber quién se encargaría de pedir compensación por daños al medio ambiente en caso de que no tuvieran lugar en propiedad privada, proponiéndose que las ONGs asumieran este papel.

En el año 2000 se publicó el *White Paper*, que establece los siguientes principios para un futuro régimen de responsabilidad medioambiental en la UE:

- **Responsabilidad** objetiva aplicable a las actividades potencialmente peligrosas para el medio ambiente.
- **Establecimiento** de exclusiones de responsabilidad.
- **Inclusión** de los daños tradicionales –a las personas y a la propiedad– y ecológicos –contaminación histórica y daño a la biodiversidad–.
- **Obligación** de que la compensación sea efectivamente en restauración medioambiental.
- **Fijación** de garantías financieras para la responsabilidad.

Basándose en las reacciones suscitadas al *White Paper*, en 2002 se publicó una propuesta de Directiva que aportaba algunas «novedades»:

- Responsabilidad objetiva para actividades que representen potencial peligro para el medio ambiente.
- Intervención importante de las autoridades públicas: pueden exigir medidas de limpieza y prevención al operador o tomar la iniciativa de ponerlas en marcha.
- Responsabilidad no retroactiva.
- Las exclusiones comprenden: fuerza mayor, riesgo de desarrollo, emisiones autorizadas bajo un permiso, etc.
- Se confirma el énfasis en la reparación del daño medioambiental.
- Se concreta la noción, innovadora, de daño a la biodiversidad, recursos naturales y hábitats.
- No se aplica a los daños tradicionales, a las personas y a la propiedad, sino solamente al daño «ecológico».
- No exige garantías financieras. Será decisión de los Estados miembro.

La propuesta fue discutida por la Comisión Europea con distintas instituciones, incluyendo el Comité Europeo de Seguros (CEA), y representantes de varios sectores empresariales y organismos de defensa del medio ambiente, pero fue difícil satisfacer a todos. Finalmente se publicó la Directiva 35/2004, de 30 de abril, que debería transponerse al Derecho de los Estados miembro en los tres años siguientes. En lo esencial, la Directiva mantiene las líneas de la propuesta. Así, en lo que concierne a las garantías financieras, no serán obligatorias, dejándose a los Estados miembro la decisión de establecer o no su obligatoriedad.

TRANSPOSICIÓN EN ESPAÑA

En España se produjo un importante debate entre los diferentes sectores y una fuerte participación del

mercado asegurador —un ejemplo es el *Pool* Español de Riesgos Medioambientales (PERM)—, lo que permitió un intenso trabajo de conciliación y preparación de la normativa y las orientaciones necesarias. Según José Luis de Heras, director general del PERM, todo empezó «pocas semanas después de la publicación de la Directiva 2004/35 de Responsabilidad Medioambiental. Acogiéndose a la posibilidad prevista en su artículo 14, el Ministerio de Medio Ambiente anunció que España contemplaría en su transposición la obligatoriedad de las garantías financieras».

Además, había una gran preocupación por hacerlo bien, ya que, como añade de Heras, «la normativa española recogía ya varios centenares de normas en las que se regulaban seguros obligatorios y en gran parte de ellas la regulación era deficiente, pues no se había comprobado antes que esos seguros estuvieran disponibles en el mercado con la suficiente amplitud para que el titular de la actividad obligada pudiera adquirirlos en condiciones razonables». Otra dificultad, para el director general del PERM, era que «no se contemplaba expresamente la posibilidad de que dichos seguros tuvieran exclusiones o condicionantes para la efectividad de la coberturas».

«Para evitar que con las garantías financieras de responsabilidad medioambiental sucediera algo parecido —continúa de Heras—, el PERM se puso en contacto con el ministerio, con el respaldo de la patronal del seguro UNESPA, proponiendo una serie de sugerencias para la redacción de la Ley con el fin de que esta pudiera cumplir con dos objetivos: primero, que el mecanismo de la responsabilidad fuera práctico y claro y, en la medida de lo posible, ofreciera seguridad jurídica al operador y a su asegurador; y segundo, que fuera posible llevar a la práctica las disposiciones del seguro obligatorio». También se propuso la introducción de instrumentos normalizados para la evaluación de los riesgos medioambientales y la colaboración en todo el proceso. «Afortunadamente —recuerda de Heras—, el ministerio aceptó esta oferta contando no solamente con el *pool*, sino también con la colaboración del sec-



tor empresarial (CEOE) y de otras administraciones y representantes de sectores interesados».

Así, la Ley 26/2007, de 23 octubre, transpone la Directiva y establece la obligación de constituir garantías financieras para las actividades enumeradas en el anexo III de la norma. Esas garantías podrán constituirse en tres modalidades de manera alternativa o complementariamente entre sí: la suscripción de una póliza de seguro, la obtención de un aval y la constitución de una reserva técnica mediante la dotación de un fondo propio.

ASPECTOS POSITIVOS Y NEGATIVOS

En opinión del director general del PERM, «el resultado de este proceso, transparente y participativo, ha sido muy positivo en muchos aspectos, aunque también tenemos que reconocer que se han cometido algunos errores». Y enumera unos y otros «con el ánimo de que la experiencia sea útil en su conjunto».

Así, como aspectos positivos de la transposición (Ley 26/2007 y Reglamento de desarrollo parcial del Decreto 2090/2008), destaca que:

- La estructura de la Ley en su conjunto es coherente y comprensible; no introduce contradicciones ni solapamientos con otras existentes, habiéndose superado los defectos que en este sentido tenían los borradores iniciales.
- Se da un tratamiento adecuado a las exenciones y alternativas previstas en la Directiva (responsabilidad mancomunada o solidaria, emisiones autorizadas, riesgos de desarrollo).
- La regulación de la obligatoriedad de las garantías financieras se hace de una forma gradual y ofreciendo la posibilidad de varios instrumentos para cumplir con la obligación.
- El contenido de la garantía contempla límites coherentes con las posibilidades del mercado en 2007.
- Se dan pautas para la evaluación de riesgos medioambientales.
- También se ofrece una guía de criterios para la reparación de los daños.
- Se contemplan normas específicas para situaciones especiales: obligación de reparación de recursos ya degradados, obligación de

EN ESPAÑA SE PRODUJO UN IMPORTANTE DEBATE ENTRE LOS DIFERENTES SECTORES Y UNA FUERTE PARTICIPACIÓN DEL MERCADO ASEGURADOR, LO QUE PERMITIÓ UN INTENSO TRABAJO DE CONCILIACIÓN Y PREPARACIÓN DE LA NORMATIVA Y LAS ORIENTACIONES NECESARIAS

aseguramiento de la actividad con varias dependencias, continuidad de las garantías durante el periodo de caducidad de la responsabilidad una vez cesada la actividad, etcétera.

Entre los aspectos negativos de la Ley, José Luis de Heras menciona que:

✓ «Aunque la regulación de los seguros es realista, resulta excesivamente detallada. Además, el contenido de las garantías ha evolucionado mucho en pocos años. Habría sido mejor dejar el detalle de la regulación para una norma técnica que pudiera ir evolucionando sin necesidad de cambiar la ley».

✓ «El diseño de la evaluación de riesgos medioambientales es demasiado complejo y, probablemente, costoso. Por otra parte, es erróneo ligar su utilidad exclusivamente a la fijación de la suma asegurada mínima obligatoria».

✓ «El umbral de la gravedad del daño medioambiental es muy alto, por lo que esta Ley solamente resulta aplicable en los casos muy graves».

En definitiva, para el responsable del PERM, el balance es positivo, aunque quede mucho camino por delante. «Pese a estos defectos, que invitamos a que se revisen en modificaciones legislativas posteriores, consideramos que la colaboración entre la autoridad normativa y los sectores afectados por ella ha sido muy positiva, tanto por el resultado en su conjunto como por el proceso en sí; asimismo, ha aumentado el grado de comprensión mutua y de disposición futura a seguir colaborando en otros proyectos o fases posteriores».

TRANSPOSICIÓN EN PORTUGAL

En Portugal, en cambio, hubo poco o casi ningún debate. La Secretaria de Estado do Ambiente, el organismo perteneciente al Ministerio de Medio Ambiente encargado de redactar la Ley, hizo alguna consulta al mercado asegurador a través del Instituto de Seguros de Portugal (ISP), autoridad de control de la actividad aseguradora, y de la Associação Portuguesa de Seguradores (APS), que siempre se manifestó —en consonancia con el CEA— en contra de la constitución de garantías obligatorias. La razón de esta oposición obedecía a que se trataba todavía de un mercado muy pequeño e incipiente, siendo partidarios de dejar libertad a las partes para que pudieran desarrollarse. Se puede hablar, por tanto, de sondeo al mercado asegurador, pero no de un verdadero debate público.

En opinión de Pedro Ribeiro e Silva, coordinador de la Comisión de Seguimiento de Responsabilidad Civil de la APS, «en la transposición de la Directiva al sistema jurídico portugués, la APS siempre demostró a la Secretaria de Estado do Ambiente total disponibilidad para evaluar el impacto de la futura disposición en la actividad aseguradora, desde el punto de vista de la responsabilidad medioambiental».

Sin embargo, a su juicio, la Secretaria de Estado no aprovechó, como en el caso español, un trabajo de equipo con los expertos. Y, continúa Ribeiro e Silva, «el 29 de julio se publicó el Decreto-Ley 147/2008, que en su artículo 22 instituyó, con efectos a partir del 1 de enero de 2010, las garantías financieras obligatorias para las actividades de su anexo III, entre las cuales se encontraba el seguro».

Pero, además de otras contingencias del decreto, «la primera gran perplejidad del sector asegurador —añade el coordinador de la APS— fue no saber cómo



A LA HORA DE TRANSPONER LA DIRECTIVA 35/2004 AL DERECHO NACIONAL, EN PORTUGAL SE PRODUJO UN SONDEO AL MERCADO ASEGURADOR, PERO NO UN VERDADERO DEBATE PÚBLICO

cuantificar los capitales a asegurar, además de tener grandes dudas sobre el alcance de las responsabilidades. El mismo artículo 22 preveía la posibilidad de una ordenanza para fijar los requisitos mínimos de las garantías financieras obligatorias, pero nunca se publicó».

Como respuesta a lo anterior, relata Ribeiro e Silva, «a mediados de 1989 la APS expresó oficialmente a la Secretaría de Estado do Ambiente sus preocupaciones, que, en resumen, se referían al objeto de las garantías (responsabilidad administrativa, responsabilidad civil o ambas cosas), así como a otras cuestiones como los daños causados por dolo o la no obligatoriedad del seguro, de forma que fuera posible que las garantías financieras obligatorias únicamente quedasen limitadas a los daños o cantidades que no fueron cubiertos por el contrato de seguro. La APS también puso de manifiesto que, de mantenerse esta situación de duda, el mercado no podría ofrecer a los operadores los seguros con el alcance pretendido».

Sin embargo, la advertencia no tuvo eco. Según el representante de la APS, «las garantías financieras obligatorias entraron en vigor el 1 de enero de 2010, y el mercado empezó a considerar soluciones de seguros de amplitud diversa. Las garantías eran, y son, independientes, alternativas y complementarias. Posteriormente, la APS contactó con la Agência Portuguesa do Ambiente (APA), autoridad competente para la aplicación de la disposición, informándoles de la situación y

convirtiéndose en miembro de su Consejo Consultivo». Podemos añadir que, aunque en Portugal no existía un *pool* de riesgos medioambientales, siempre estuvo totalmente abierto a la posibilidad de colaboración con el PERM, a través de la APS, o con otras entidades especialistas en la materia.

Las únicas iniciativas de debate partieron de entidades privadas, como E.Value, empresa de consultoría en temas ambientales, que organizó el encuentro «Más responsabilidad, más medio ambiente». El evento incluyó varios comités de expertos en los que participaron como invitados ISP, APS, aseguradoras y corredores de seguros especializados, como MDS, así como grandes empresas con preocupaciones ambientales, además de representantes del ministerio, que en esos momentos estaban redactando la Ley, limitándose a mencionar algunas de sus disposiciones. Y, aunque todos los representantes del mercado asegurador estaban en contra de la obligatoriedad de constitución de garantías financieras, se siguió el ejemplo español (aunque solo en la obligación, no en el diálogo previo).

También se celebraron varias conferencias sobre el tema, como la organizada por MDS y E.Value con el título «Liability Asset – Responsabilidad medioambiental y garantías financieras», que contó con la presencia de prestigiosos oradores. Asimismo acudieron representantes del ISP, la APS y de grandes empresas del sector industrial, lo que permitió un interesante debate. Durante la conferencia se advirtió de la necesidad de seguir la experiencia española, en cuanto al debate previo y a la cuidadosa preparación de la Ley; de no ser así, se dijo, tendrían lugar muchísimas dificultades en su implementación. Pero, al final, no pudo ser, y la Ley portuguesa salió sin más.

RÉGIMEN PORTUGUÉS DE RMA

El Decreto-Ley 147/2008, de 29 julio, en su forma actual, establece el régimen jurídico de responsabilidad por daños medioambientales, y transpone la Directiva 35/2004 al ordenamiento portugués.





Asimismo, el legislador luso aprovecha la ocasión para «solucionar dudas y dificultades habidas en materia de responsabilidad medioambiental en el ordenamiento portugués...».

La disposición establece, por un lado, un régimen de responsabilidad civil subjetiva y objetiva por el cual los operadores-contaminadores están obligados a indemnizar a las personas que sufran daños (por ejemplo, daños personales y a la propiedad, los llamados «daños tradicionales») por un desastre ambiental. En este aspecto va más allá de la Directiva y de la Ley española, que únicamente se ocupan de la responsabilidad administrativa. Por otro lado, establece un régimen de responsabilidad administrativa destinado no sólo a reparar, sino también, y ante todo, a prevenir daños al medio ambiente, siendo el que contamina responsable ante toda la colectividad, y transponiendo de esta forma la Directiva 35/2004 al Derecho portugués. Esta sí que es una nueva responsabilidad, y además una responsabilidad a favor de la prevención y reparación de los daños ambientales que, a su vez, tienen un concepto nuevo y complejo. La tutela de estos bienes corresponde a la administración pública, a través de la autoridad competente (en Portugal, la Agência Portuguesa do Ambiente).

La normativa portuguesa hace en algunas cuestiones una transposición «minimalista» de la Directiva, pues recoge las exclusiones y las posibilidades de exoneración del contaminador. Sin embargo, en otros apartados establece reglas bastante duras. Así, por ejemplo, determina que «cuando la actividad contaminante sea imputable a una persona jurídica, las obligaciones de la Ley recaerán de forma solidaria sobre los respectivos consejeros y directivos», lo que significa que sus bienes personales podrán estar afectados (como

ocurre en España). En lo que concierne a la causalidad, esta no tiene que ser probada inequívocamente como en el régimen general de responsabilidad civil, sino que se basa en un criterio de probabilidad, lo que es bastante más grave para el contaminador.

Tanto en la responsabilidad civil como en la responsabilidad administrativa encontramos dos niveles de responsabilidad: la subjetiva o basada en la culpa del contaminador, y la objetiva, que se aplica a las actividades del anexo III consideradas como peligrosas (por ejemplo, operadores sujetos a la Directiva 96/61/CE – Prevención y Control de Contaminación, de gestión de residuos, captación y descargas de aguas, etc.), lo que significa que la responsabilidad subjetiva es aplicable a todas las actividades no expresamente excluidas y que no figuren en el anexo III.

La responsabilidad administrativa también trae consigo nuevos conceptos como el de daño ambiental (daños causados a las especies y hábitats naturales protegidos; daños a las aguas y al suelo, en este caso solo si existe riesgo para la salud humana). La Ley española añade «los daños a la ribera del mar y de las rías», que no son considerados en la normativa portuguesa.

Además, de acuerdo a la Directiva, contempla un conjunto de obligaciones de prevención y reparación para el contaminador, sobre el que recae el deber de informar y poner en marcha las medidas urgentes necesarias en caso de amenaza inminente. Si el operador no toma esas medidas, la APA podrá ponerlas en funcionamiento subsidiariamente y luego cobrarle todos los costes. También las medidas de reparación serán siempre notificadas a la APA, que las revisará, corrigiéndolas si es necesario. Las formas de reparación son también las previstas tanto en la Directiva como en la legislación española: reparación primaria, complementaria o compensatoria, que en ningún caso podrán ser sustituidas por una compensación económica.

En cuanto a las garantías financieras, la Ley portuguesa (artículo 22) establece que sean obligatorias para los operadores que ejerzan las actividades del anexo III, y, a semejanza del régimen español, podrán ser inde-

pendientes, alternativas o complementarias entre ellas, para que «permitan asumir la responsabilidad medioambiental de la actividad por ellos ejercida». Estas garantías se pueden constituir a través de la suscripción de pólizas de seguro, garantías bancarias o fondos propios creados con esa finalidad (también se prevé la posibilidad de participar en fondos ambientales). Igualmente se dispone que «podrán establecerse límites mínimos para la constitución de las garantías financieras obligatorias (...) a través de regulación propia».

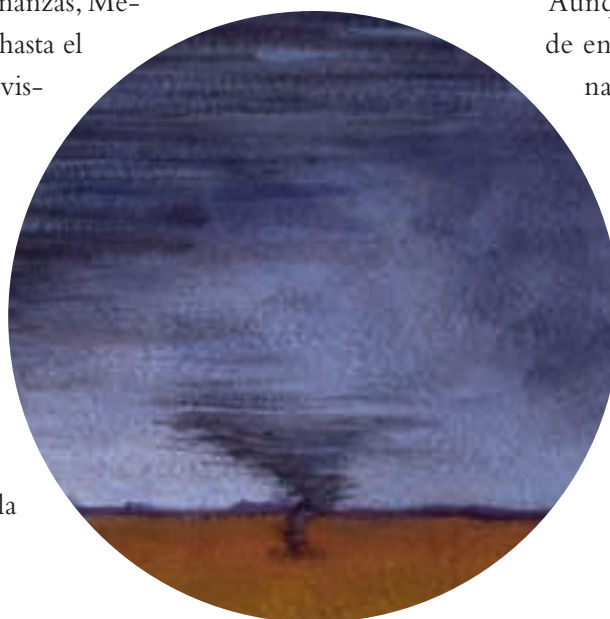
El Decreto Ley de Responsabilidad Medioambiental fue posteriormente modificado por el Decreto Ley 245/2009, de 22 de septiembre, relativo al régimen de utilización de los recursos hídricos; y por el Decreto Ley 29-A/2010, de 1 de marzo. El primero de los cambios tiene por objeto prevenir conflictos de competencia en su aplicación, designando a la APA como única entidad en el ámbito de daños al agua. La segunda modificación afecta al artículo 22 de la Ley de Responsabilidad Medioambiental, al establecer una futura fijación de límites mínimos para la constitución de las garantías financieras obligatorias mediante una orden del Gobierno (responsables de Finanzas, Medio Ambiente y Economía). Pero, hasta el momento, ninguna ordenanza ha visto la luz.

Asimismo, en agosto de 2010 se publicó una norma que establecía la creación de una Comisión Permanente de Acompañamiento y un Consejo Consultivo para la RMA. La primera está constituida por entidades públicas como el Ministerio de Medio Ambiente y la

APA, los Institutos de Recursos Hídricos y de Conservación de la Naturaleza, etc., y tiene por objeto el establecimiento de mecanismos de articulación específicos y apoyar a la APA en sus decisiones a través de la cooperación técnica y compartiendo información entre las distintas entidades representadas, siempre que se plantee un daño o amenaza medioambiental. El Consejo Consultivo, por su parte, se compone de representantes de asociaciones empresariales, industriales y agrícolas, asociaciones de municipios, representantes del sector asegurador y de la banca, de organizaciones no gubernamentales del medio ambiente, así como de representantes de los ministerios de Medio Ambiente, Ordenamiento del Territorio, Sanidad, Economía, Transportes y Agricultura. Sus principales objetivos son la preparación de recomendaciones, el seguimiento de aspectos técnicos y económicos relativos a la constitución, el desarrollo de condiciones y la evolución del mercado de garantías financieras.

DESARROLLO DEL MERCADO PORTUGUÉS

Aunque la Ley marcaba como fecha de entrada en vigor de las garantías financieras obligatorias el 1 enero de 2010, el mercado portugués esperó a una posible futura reglamentación que finalmente no llegó. Menuda sorpresa cuando, en la segunda semana de enero de 2010, todos los operadores del anexo III recibieron una carta de la APA solicitando prueba de la contratación de esa garantía y su valor.



LA NORMATIVA PORTUGUESA HACE EN ALGUNAS CUESTIONES UNA TRANSPOSICIÓN «MINIMALISTA» DE LA DIRECTIVA, PUES RECOGE LAS EXCLUSIONES Y LAS POSIBILIDADES DE EXONERACIÓN DEL CONTAMINADOR, PERO EN OTROS APARTADOS ESTABLECE REGLAS BASTANTE DURAS

Además, hay que destacar que las empresas deberían comprender el hecho de que la exigencia o no de una garantía nada tenía que ver con la existencia de responsabilidad. Siendo más claros: la responsabilidad está ahí (una vez verificados sus requisitos legales, por supuesto), existe desde el 1 agosto de 2008, y el operador que prevé una contaminación o contamina tendrá que tomar las medidas necesarias de prevención y reparación, sin límites de coste. Y esto es así tenga o no una garantía, que en ningún caso tampoco cubrirá la totalidad de sus responsabilidades. Esta garantía se exige para las actividades consideradas más peligrosas, y hay que añadir que, si no se contrata, el operador comete una infracción muy grave, sancionada con multas muy elevadas (hasta 2.500.000 euros, aplicables a personas jurídicas en caso de dolo).

Volviendo a enero de 2010, la carta de la APA provocó una demanda muy rápida de cotizaciones a las aseguradoras para contratar seguros (quizás, también,

algo parecido les ocurrió a los bancos para solicitar garantías bancarias) y a las empresas de consultoría para la realización de estudios de evaluación del riesgo medioambiental que dieran soporte a la definición del valor a contratar en términos de garantía financiera. Se solicitaban cotizaciones diariamente y las escasas aseguradoras con productos adecuados no tenían suficiente capacidad de respuesta. Luego existía otro problema: no saber en qué basar la contratación de un determinado capital, pues aunque algunas grandes empresas habían realizado estudios de evaluación de sus riesgos, un 90% no había dado este paso, y no existían directrices de la APA sobre los montantes mínimos de la garantía o la metodología de evaluación del riesgo medioambiental.

Aunque en esa época pocas aseguradoras disponían en el mercado de soluciones para este tipo de riesgos, en poco tiempo la APA fue «inundada» por pólizas de seguro, la solución más interesante, ya que es la única que supone la transferencia del riesgo.

En esa situación de «urgencia», nuestro consejo como consultores fue que los operadores que no contaran todavía con el estudio del riesgo ambiental –la mayoría– contratasen la garantía por un valor «provisional», y después que éste fuera o no confirmado de acuerdo a la futura evaluación del riesgo. Hubo muchísimas solicitudes de cotización y los operadores recibieron numerosas propuestas para la transferencia de una parte de su riesgo medioambiental al seguro, ya que el sector asegurador garantiza solo una parte –aunque bastante significativa– de la responsabilidad del asegurado.

Hoy, pasados dos años, ¿en qué punto estamos? En los primeros meses de 2010, la APA recibió un importante volumen de documentación, confirmando la existencia de seguros de responsabilidad ambiental, naturalmente con distintos ámbitos de cobertura según el



LA INICIATIVA PRIVADA HA CONTRIBUIDO CON VARIAS INICIATIVAS A DESPEJAR LAS INCÓGNITAS O DUDAS PARA LA CORRECTA APLICACIÓN DE LA LEGISLACIÓN EN PORTUGAL SOBRE RESPONSABILIDAD MEDIOAMBIENTAL



asegurador, así como con diferentes límites de capital de acuerdo a la dimensión y la probabilidad de causar daños medioambientales de cada empresa.

Pero en este tiempo no ha ocurrido nada nuevo y la reacción de las empresas ante esta situación es un poco «rara». Por un lado, las que han contratado la garantía y han remitido la respectiva documentación consideran que han cumplido –y así es– y que la petición de la autoridad competente ha sido satisfecha. Otras, en cambio, aun solicitando una cotización de seguro, como no ven ninguna reacción de la autoridad, es decir, medidas coactivas –que las hay en la Ley, y muy fuertes–, han paralizado el proceso, alegando esperar una reglamentación que tarda en llegar.

LÍNEAS DE ORIENTACIÓN TÉCNICA

Con posterioridad a la publicación de la Ley, y debido a que no se crearon instrucciones para su aplicación, fue una vez más la iniciativa privada la que contribuyó, de alguna manera, a paliar esta situación. Así, el consorcio E.Value/Critical Software desarrolló el proyecto SARAe (Sistema para la Evaluación de la Responsabilidad Medioambiental de las Empresas), cuyos principales objetivos son testar y fortalecer la metodología de evaluación de la RMA desarrollada por E.Value, creando las condiciones y oportunidades para una articulación eficaz entre los agentes involucrados, y extrayendo las conclusiones necesarias para construir un marco adecuado de implementación de la Ley. En el proyecto han participado varias entidades públicas con responsabilidades (in)directas en la aplica-

ción del régimen de RMA a nivel nacional, entre ellas la APA. El proyecto concluyó en noviembre de 2010 (información disponible en www.sara-eld.com).

En noviembre de 2011, la APA publicó la *Guía para la evaluación del daño ambiental y la amenaza inminente del daño ambiental*, que, según Pedro Ribeiro e Silva, de la APS, «aunque no sea vinculante, facilitó el encuadramiento de la evaluación del riesgo». Es de esperar que esta guía –que trata temas como el concepto de estado inicial y la cuantificación del daño medioambiental; los procedimientos a adoptar en las fases de evaluación, prevención y reparación de los daños; la evaluación del riesgo medioambiental para la salud humana, etc.– pueda contribuir a minimizar incertidumbres y a crear procedimientos comunes (esclarecimiento de conceptos, propuesta de metodologías de actuación) para todos los agentes que la utilicen, de modo que el proceso de aplicación del Decreto-Ley sea más transparente.

Además, apunta Ribeiro e Silva, «actualmente la APS analiza y estudia, dentro de su Comisión de Responsabilidad Civil, las distintas formas de contribución para una posible uniformidad del producto de seguro, teniendo siempre en cuenta que sirve para diferentes tipos de actividades en el ámbito de la responsabilidad medioambiental».

También se espera la próxima publicación de una guía adicional, la *Guía metodológica para la constitución de la garantía financiera*, que incluirá la propuesta de exención de constitución de dicha garantía para las actividades consideradas de bajo riesgo, así como la metodología de evaluación del riesgo medioambiental pa-



ra la constitución de garantías financieras. Además, con esta guía se publicará un documento sobre la «constitución de la garantía financiera», que establecerá dos niveles de complejidad de las actividades de bajo riesgo —exentas de obligación de garantía— y las que tendrán que contratarla. De esta forma, la realización de un análisis detallado del riesgo medioambiental es una herramienta esencial.

OFERTA DEL MERCADO ASEGURADOR

El mercado portugués reaccionó de forma bastante proactiva a las nuevas necesidades y surgieron, paulatinamente, productos adaptados a la nueva realidad legal, ya que las coberturas tradicionales (coberturas de contaminación súbita y accidental acopladas a las pólizas de RC Explotación) no cumplían los requisitos legales mínimos.

Hoy la oferta es variada, así como los criterios de suscripción. Algunas aseguradoras, aprovechando su larga experiencia internacional en este tema, han proporcionado sus productos exigiendo tan sólo cumplimentar un cuestionario; otras, en cambio, han decidido proporcionar esta nueva cobertura exclusivamente a sus clientes; finalmente, un tercer grupo de aseguradoras ofrecen, además del seguro, la evaluación del riesgo medioambiental. Sin querer ser demasiado exhaustivas, nos parece importante mencionar tres importantes ejemplos en el mercado: Chartis (la experiencia estadounidense), MAPFRE (una gran asegura-

dora europea con la experiencia del *pool*) y Caixa Seguros (el mayor grupo asegurador portugués).

De la actuación de Chartis en responsabilidad medioambiental, Nídia Brito da Costa, directora de Responsabilidades en Chartis Portugal, rememora que «ya en 2007 AIG había crecido mucho en el ramo de Responsabilidad Medioambiental en toda Europa, como resultado de su apuesta y dedicación durante varios años al desarrollo de esta línea de negocio. Por entonces, en Portugal no había ninguna señal de desarrollo del mercado de garantías financieras, en general, o de los seguros, en particular, y ni siquiera se conocía el Proyecto de Ley de transposición de la Directiva; es decir, poco se hablaba de responsabilidad medioambiental y de sus implicaciones con consecuencias financieras para los operadores». Esta descripción es un retrato muy fiel de la situación existente en Portugal hace apenas cinco años.

Pero, continúa la representante de Chartis, «anticipando el cambio de esta situación, AIG decidió invertir en el equipo local y, asimismo, en la creación de un producto en portugués adaptado a la legislación local, acreditando siempre que la necesidad de transferencia del riesgo surgiría pronto; después de todo, la Directiva debería ser transpuesta a la legislación nacional». Sin embargo, puntualiza Brito da Costa, «con la excepción de algunos operadores muy bien organizados en la gestión de sus riesgos medioambientales, en general, no se acreditaba el impacto que las responsabilidades resultantes de la Directiva pudiera tener, ni tampoco la ne-

cesidad de transferencia del riesgo, minimizando —o hasta negando— su existencia».

No obstante, añade, «la conciencia de la responsabilidad medioambiental ha crecido muchísimo en Portugal en los últimos dos años, como resultado de un aumento de legislación a nivel europeo y, sobre todo, a nivel local; de los debates sobre el tema organizados por grupos interesados, y del apoyo de las empresas a los operadores desde un punto de vista de análisis, prevención y reparación de los daños medioambientales».

En Portugal, «importando la experiencia en el mercado americano», Chartis ofrece desde 2007 una póliza de Responsabilidad Medioambiental denominada ENVIRONPRO, que protege a los operadores en caso de responsabilidad legal resultante de un incidente de contaminación cubierto en la póliza. Originalmente concebida para garantizar riesgos industriales de gran complejidad, hemos asistido a una gran demanda por parte de diversas áreas de negocio. Así, este seguro se ha transformado en uno de los instrumentos más eficaces en la transferencia de este tipo de riesgos.

«ENVIRONPRO cubre los daños no sólo en caso de contaminación súbita o accidental, sino también si la contaminación es lenta y progresiva, evitando con ello largas discusiones sobre el evento que ha generado el siniestro. Incluye, asimismo, los costes de prevención y reparación de los daños medioambientales, así como los daños corporales y materiales a terceros, costes de limpieza, costes de defensa y daños propios del asegurado, como la pérdida de beneficios. Al igual que cualquier otro contrato de seguro, tiene exclusiones típicas como son multas, propiedades abandonadas o el dolo (intención de causar daño) de los responsables asegurados». Además de ser la primera

compañía aseguradora en ofrecer un producto de responsabilidad medioambiental en Portugal, Chartis también ha tenido que hacer frente al primer siniestro, que ha gestionado con el apoyo de sus expertos internacionales en la materia.

«La experiencia de MAPFRE PORTUGAL en el ámbito de la responsabilidad ambiental surge de la experiencia de MAPFRE en España, a través del reconocido PERM», relata Pedro Ribeiro e Silva, quien, además de responsable del Grupo de Trabajo de Responsabilidad Civil de la APS, es director jurídico de MAPFRE PORTUGAL. Compartimos su opinión cuando afirma que el sistema jurídico portugués publicado en 2008 no acertó a aprovechar «esa experiencia en la implementación del producto para este mercado, teniendo en cuenta algunas especificidades y la falta de ponderación del Decreto-Ley 147/208, de 29 de ju-



EL MERCADO PORTUGUÉS HA REACCIONADO DE FORMA BASTANTE PROACTIVA A LAS NUEVAS NECESIDADES Y HAN SURGIDO PAULATINAMENTE PRODUCTOS ADAPTADOS A LA NUEVA REALIDAD LEGAL, YA QUE LAS COBERTURAS TRADICIONALES NO CUMPLÍAN LOS REQUISITOS LEGALES MÍNIMOS

lio». Pero, prosigue Ribeiro e Silva, «en el encuadramiento del producto creado por MAPFRE, su adaptación fue posible en gran parte por la similitud del sistema español de evaluación de riesgos, aunque Portugal no utilice la norma UNE 150.008, ni tampoco, con carácter obligatorio, cualquier otra norma de evaluación, aunque la APA haya publicado en 2011 la *Guía para la evaluación de los daños medioambientales y la amenaza inminente del daño ambiental*.

Y añade que «para algunos riesgos se utiliza un formulario detallado, siendo difícil compatibilizar el riesgo con el capital asegurado, más aún cuando la disposición legal establece una acción de control sobre los operadores a cargo del IGAOT (Inspeção-Geral do Ambiente e do Ordenamento do Território) al consagrar las garantías financieras obligatorias mediante las diversas modalidades, entre ellas el seguro, que les permitan asumir la responsabilidad ambiental inherente a sus actividades profesionales».

Ribeiro e Silva puntualiza algo muy importante: «Como el sistema legal no contempla un seguro obligatorio, el producto de MAPFRE PORTUGAL es una oferta alternativa que el mercado presenta, pudiendo, por eso, ir más allá y satisfacer las necesidades del cliente/operador, sin que se deba adoptar en este ámbito el dolo, característica inherente a los seguros obligatorios en Portugal, según lo dispuesto en la Ley de Contrato de Seguro (artículo 7 del Decreto Ley 147/2008). De hecho, el producto existente es un compromiso verdadero con el sistema legal, pues si, por una parte, no se puede garantizar, en toda su magnitud, la responsabilidad administrativa –restringiéndose a los daños medioambientales provocados por contaminación–, por otra, sí se permiten coberturas adicionales en la vertiente de la responsabilidad civil por daños

causados por contaminación, cumpliendo así el régimen dualista de responsabilidades –administrativa y civil– previsto en la disposición».

Es decir, para el director jurídico de MAPFRE PORTUGAL, «la ausencia de regulación que contiene la normativa ambiental portuguesa dejó espacio a MAPFRE para tener suficiente imaginación y proporcionar a sus clientes/operadores un producto que corresponda, por ahora, a la demanda existente y, por lo menos, asegurara un mínimo ético legal. Como ejemplo de esto, tenemos la participación en programas de diversos sectores industriales, en aviación, minería y actividades de comercio y servicios». «Al mismo tiempo –añade–, MAPFRE viene contribuyendo y participando en diversas acciones de formación sobre responsabilidad ambiental para aclarar las consecuencias del régimen jurídico en vigor. Al mismo tiempo, publica artículos que, además de despejar dudas, divulgan también las cualidades de su producto».

También es interesante conocer la actuación de Caixa Seguros en Portugal. Según Susana Teixeira, responsable del Departamento de Suscripción de Responsabilidades y Transportes de esta entidad, «desde enero de 2010 este grupo ofrece a sus clientes una solución de seguro de Responsabilidad Medioambiental que garantiza los daños causados a los recursos naturales. La cobertura principal es la garantía de la responsabilidad administrativa del asegurado por daños medioambientales o la amenaza inminente de daños; asimismo, hace frente a los costes de las medidas de reparación primaria, complementaria o compensatoria de los recursos naturales que resulten dañados por la contaminación, y que sean imputables al asegurado. También incluye los costes de limpieza del lugar asegurado que sean obligatorios por ley e, igualmente, los que se produzcan fuera del lugar como resultado de la



LA AUSENCIA DE REGULACIÓN DE LA NORMATIVA AMBIENTAL LUSA DEJÓ ESPACIO A MAPFRE PARA TENER SUFICIENTE IMAGINACIÓN Y OFRECER A SUS CLIENTES/OPERADORES UN PRODUCTO QUE CORRESPONDA A LA DEMANDA EXISTENTE Y QUE ASEGURE UN MÍNIMO ÉTICO LEGAL



propagación de la contaminación con origen en las instalaciones del asegurado. A esta cobertura se añade la de responsabilidad civil por contaminación, que garantiza los daños a terceros por contaminación, e igualmente se ha desarrollado una cobertura especial para la construcción (aparejadores)».

A su juicio, se trata de un proyecto que va más allá, pues, «además del desarrollo de un seguro basado en la legislación portuguesa y la búsqueda y negociación de reaseguro acorde al producto, se ha desarrollado, en colaboración con Safemode –Protecção de Pessoas, Património y Medio Ambiente (anteriormente designada EAPS, Empresa de Análise, Prevenção e Segurança, SA)– un servicio para el análisis del riesgo medioambiental que es esencial para quien empieza a actuar en esta área». Y, para ello, «siendo nuestro objetivo dar una solución de seguro basada en los riesgos medioambientales de cada cliente, ha sido, y seguirá siendo, un factor crítico de éxito», agrega.

La responsable de Caixa Seguros aporta algunos datos sobre los sectores de actividad que contratan este seguro. Así, «un 40% está representado por el sector de gestión de residuos, un 35% por la industria y un 15% por municipios, oscilando el capital medio contratado entre 250.000 y un millón de euros». Actualmente «estamos desarrollando soluciones simplificadas para pymes y todavía no tenemos ningún siniestro declarado», concluye.

De estos testimonios se puede concluir que existe una interesante oferta en Portugal. Los productos mencionados garantizan los daños resultantes de contaminación y, en ciertos casos de grandes empresas, van más allá, hacia coberturas más amplias, y no exigen una situación de contaminación sino tan solo la existencia de un daño medioambiental. No obstante, se trata de situaciones especiales, que deben ser analizadas caso a caso.

Además de estos ejemplos, otras aseguradoras han transformado o desarrollado productos para dar respuesta a esta necesidad. Igualmente, se pone de manifiesto la necesidad de apoyo a los operadores en el análisis técnico de los condicionados de las pólizas, para que puedan negociar mejor las garantías y escoger, por ejemplo, un «paquete» con distintas opciones que se complementen (como un seguro y fondos propios).

Para obtener este tipo de soporte es esencial que el operador conozca su exposición a la responsabilidad medioambiental, lo que exige la realización de estudios técnicos de evaluación del riesgo. ¿Cómo evaluar el grado de contaminación de un lugar y devolverlo a su estado inicial si previamente no lo hemos identificado? El operador obtiene, de esta forma, información útil para la definición del valor de la garantía financiera y, al mismo tiempo, para la adopción de medidas/acciones de prevención.

Las aseguradoras y el sistema bancario –un poco ausente en estas materias– deberán potenciar y demostrar a sus clientes las ventajas de un análisis técnico detallado para obtener resultados que permitan una adecuación de los valores y de las condiciones de la garantía a la realidad del riesgo. ■